

Introduction

Les hommes peuvent-ils déterminer et établir, sous la conduite de la raison, les modalités d'une société juste qui permette et garantisse la coexistence pacifique de ses membres ? Cette question forme à la fois l'horizon et le pari de la philosophie du droit. À suivre Paul Ricœur, la philosophie du droit serait à la paix ce que la philosophie politique est à la guerre. La philosophie politique a pour objet essentiel le pouvoir, les conditions problématiques de sa légitimité, la détermination de ses limites et corrélativement le risque de ses usurpations, en un mot la question de la violence de la domination. La philosophie du droit inscrit davantage sa démarche dans le cadre d'une discussion par les citoyens eux-mêmes des clauses du contrat social, à savoir d'une recherche en commun des conditions d'une répartition équitable des biens et des charges de la vie publique et des moyens de canaliser la force du pouvoir au service du droit en général et des droits de chacun en particulier. Sa préoccupation essentielle concerne la justice et les règles.

Cette distinction entre la politique et le droit, entre la question du pouvoir et celle de la justice, ne doit évidemment pas être comprise de façon rigide et étanche. Elle ne crée ni en théorie ni en pratique deux territoires étrangers l'un à l'autre, sans communication entre eux. Au sein même de la philosophie du droit coexistent un courant critique, qui dénonce l'ordre juridique et sa rationalisation comme une idéologie du pouvoir, et un courant

2

constructif, qui poursuit la recherche des fondements rationnels d'un ordre juste, conçu de manière idéale. Le premier tend à politiser le droit en identifiant la règle à un commandement du pouvoir, dont l'efficace est directement fonction de la force déployée. Le second s'attache, à l'inverse, à légaliser la politique, en subordonnant les détenteurs du pouvoir et leurs actions au respect de règles, de procédures et de contrôles.

Cette dernière démarche, que l'on pourrait qualifier de philosophie du droit au sens strict, occupe une place très importante dans la pensée moderne et contemporaine. Elle va de pair avec le primat éthique, affirmé par les Modernes contre les Anciens, de l'individu et de ses droits sur la société et son pouvoir. La société moderne est faite pour l'individu et non l'inverse. Le pouvoir politique n'est donc légitime qu'en tant que et dans la mesure où il permet et favorise l'épanouissement des individus. Le concept « d'État de droit » définit le modèle d'un pouvoir désormais soumis au droit. Il ouvre la voie à un contrôle juridictionnel du pouvoir d'État. Le droit tend ainsi à prendre le pas sur la politique. Il prétend, en tout cas, en dessiner le cadre et en fixer les règles du jeu, espérant par là, sans forcément y réussir, juguler le potentiel de violence contenu dans la volonté de puissance et de domination.

Dans le même temps, mais pour d'autres raisons, le droit prend également le pas sur la *morale*, dans la fonction qu'ils exerçaient conjointement d'édicter des normes de conduite. Le déclin de la métaphysique, que Nietzsche décrivait comme l'annonce de « la mort de Dieu », autrement dit l'impossibilité reconnue de découvrir un ordre normatif objectif dans la nature des choses, a soumis à une forte déflation l'engagement éthique et sa capacité de régulation des comportements. Plus fondamentalement, le pluralisme moderne engendre l'État laïque qui relègue la morale dans la sphère privée, qu'il s'agisse de la conscience individuelle ou de communautés morales ou religieuses, réduites au statut d'associations privées. La morale est écartée de la sphère publique, désormais placée sous la seule emprise du droit.

Les règles juridiques investissent ainsi progressivement l'ensemble du champ pratique et s'imposent finalement comme le

seul cadre normatif en vigueur dans nos sociétés contemporaines. Ce mouvement est perçu par les juristes eux-mêmes comme un envahissement par le droit de tous les domaines et de toutes les institutions de la vie sociale.

Cependant, le fondement et la nature de la règle juridique demeurent problématiques, ainsi que les modalités de sa mise en œuvre, ou encore les fonctions sociales qu'elle doit assurer. Ainsi se trouvent agitées, non seulement dans les enceintes savantes, mais dans le grand public et via les médias, des questions fondamentales sur le droit et la justice, qui préoccupent l'humanité depuis les origines de la philosophie. Car, si l'expression « philosophie du droit » ne s'est imposée que relativement tardivement, au cours du XIX^e siècle dans le sillage des *Principes de la philosophie du droit* de Hegel, les problèmes qu'elle recouvre préoccupaient déjà Platon et Aristote, qui y consacrent des développements très importants. À tel point qu'il n'est sans doute pas exagéré de placer l'interrogation sur la justice au principe même de la démarche philosophique. Toutefois, si donc la philosophie du droit et les questions qu'elle pose ont une très longue histoire, l'évolution des conditions sociales, politiques, techniques et culturelles a imposé à la modernité un renouvellement en profondeur tant des termes de la problématique que des réponses proposées. Une telle réactualisation s'impose sans doute à nouveau aujourd'hui. La définition de la justice, les conditions d'une répartition équitable des biens en société, mais aussi la mission des juges et les modalités d'application des lois et même le contenu des droits de l'homme doivent être examinés à nouveaux frais, dans une perspective instruite par l'éclairage historique mais résolument tournée vers les problèmes du présent et les choix à faire qui engagent l'avenir. C'est dans cette optique qu'a été conçu cet ouvrage.

Le *premier chapitre* ouvre sur la question fondatrice de la philosophie du droit : la définition de la *justice*. Aristote en avait résumé le principe en une maxime : « attribuer à chacun ce qui lui revient ». Après 1945, Perelman repart de cette formule pour tenter d'isoler la forme logique des normes. Mais il constate rapide-

4

ment qu'elle se concrétise en des formes très diverses aux exigences le plus souvent incompatibles : faut-il attribuer à chacun la même chose ; ou à chacun selon ses besoins, ses mérites, voire sa naissance ? Bref, Perelman découvre que la forme logique des normes est une forme vide dont le remplissage suppose un choix proprement éthique, dans lequel la logique n'est d'aucun secours. Perelman échappe cependant au scepticisme relativiste, si répandu au XX^e siècle, mais inacceptable après Nuremberg, en confiant à l'*argumentation* raisonnable, et à la force de persuasion et d'adhésion qui la porte, le soin d'éclairer les jugements politiques, éthiques et juridiques. Après le tournant argumentatif, les philosophes du droit contemporains renoncent à l'ambition, qui animait Hobbes et Rousseau, de déterminer de manière purement abstraite et logique les termes du contrat social. La conclusion d'un tel contrat ne peut faire l'économie d'une véritable *discussion*, à l'issue incertaine, régulièrement relancée dans le cadre démocratique. La raison philosophique ne peut donc prédire le résultat de la discussion et par suite le contenu des normes qui définiront les modalités de la justice. Par contre, elle peut et même doit interpréter et critiquer les procédures qui y conduisent afin de vérifier que puisse être acceptée comme juste la norme qui correspond au meilleur argument. Cette révision (à la baisse) des ambitions de la raison ouvre la voie aux théories de la justice dites *procédurales*. John Rawls et Jürgen Habermas sont aujourd'hui les deux représentants les plus éminents de cette tendance. En rendant compte du débat qui oppose actuellement ces deux philosophes, le chapitre premier passe en revue les enjeux et les choix que doit affronter toute réflexion contemporaine sur la justice.

Dans le *chapitre II*, la question de la justice, de l'attribution à chacun de ce qui lui revient, prend un tour plus concret et matériel. Au principe des *relations entre le droit, l'économie et la société* se trouve posée la question de l'intervention de l'État dans le déroulement des activités économiques et dans le partage des revenus qui en dérivent. La doctrine libérale, qui triomphe au XIX^e siècle, interdisait à l'État, au nom de la liberté, toute inter-

vention dans la vie économique, abandonnée à l'autonomie de la volonté contractuelle. Mais les conséquences sociales déplorables du « laisser-faire », dans un contexte de révolution industrielle, provoquent un mouvement de contestation radicale de l'ordre juridique bourgeois. Le compromis historique qui conduit à la social-démocratie transformera progressivement l'État libéral en État social, interventionniste, redistributeur et gestionnaire. Mis en cause en raison de ses pesanteurs et de son inefficacité, l'État providence traverse actuellement une crise. La montée de l'exclusion mine sa base sociale, tandis que la globalisation des activités et des échanges érode sa souveraineté en même temps que son pouvoir d'influence. Il assiste ainsi, plus en spectateur qu'en acteur, à la « troisième révolution industrielle » de l'informatique et des télécommunications, se bornant souvent à lever les « entraves » réglementaires qui font obstacle au libre jeu des marchés. À l'heure de la *mondialisation juridique*, les ordres juridiques nationaux se trouvent placés, chaque jour davantage, en situation de concurrence dans une course à la dérégulation. Le maintien des réglementations en vigueur et *a fortiori* la mise en œuvre de mesures nouvelles sont subordonnés à leur efficacité économique. Suivant les thèses néo-libérales de l'analyse économique du droit, auxquelles on consacrerait un examen approfondi et critique, le droit n'a et ne doit avoir d'autre mission que de favoriser le développement de la production et des échanges, la maximisation des profits et l'allocation optimale des ressources. Les règles fondamentales de l'économie de marché forment ainsi le noyau d'un *nouveau droit naturel économique*, célébré par les décideurs internationaux, qui règle les échanges au niveau planétaire et l'emporte sur des droits positifs étatiques en perte de vitesse. Cependant, on assiste dans le même temps à la montée en puissance d'un nouvel acteur, *la société civile internationale*, qui s'immisce dans le face-à-face entre les États et le marché pour faire entendre ses revendications en matière de justice. Animée par les organisations non gouvernementales (ONG) et les nouveaux mouvements sociaux, la société civile s'appuie sur l'opinion publique mondiale pour tenter d'établir de nouvelles formes de solidarité et des

règles de droit qui ne se limitent pas à organiser la course effrénée aux profits, mais prennent en compte d'autres valeurs, comme le respect des droits de l'homme, la protection de l'environnement ou la paix dans le monde.

À supposer que l'on parvienne à établir des normes justes, il faut encore veiller à ce que celles-ci soient bien comprises et correctement appliquées. Ce passage du général au particulier, de la loi au *jugement*, de la règle à son application pose le problème crucial du *raisonnement juridique*. Le *chapitre III* évoque les principales étapes de l'histoire, mouvementée et riche en rebondissements, de la raison juridique et de la jurisprudence. Pour les Anciens, l'application du droit à un cas particulier laisse nécessairement prise à une part de contingence et d'incertitude. Elle suscite des réponses contradictoires que l'on départage par le recours à la dialectique et à la rhétorique. L'activité de juger requiert de la prudence et suppose une certaine liberté d'appréciation. Pour les Modernes au contraire, une telle latitude est synonyme d'arbitraire. La justice ne peut s'accomplir qu'en élevant le droit et son application au rang d'une science exacte. Le droit positif est reconstruit, sur le modèle idéal du droit naturel, comme un système de règles cohérent et complet, qui n'admet pour chaque cas qu'une et une seule réponse correcte. Le juge doit la découvrir par un raisonnement logique et déductif (le fameux *syllogisme judiciaire*). On verra comment ce projet d'une jurisprudence scientifique évoluera au cours du temps, faisant tour à tour du magistrat un logicien, l'exégète fidèle et obéissant de la volonté du législateur et un sociologue expert dans le calcul et la balance des intérêts en conflit. L'échec de ces différentes tentatives de mettre au point une technique univoque d'application des lois conduira finalement le positivisme à opérer un repli sceptique. Le décisionnisme se trouve ainsi réduit à fonder la légitimité du jugement sur la position de pouvoir qu'occupe le juge dans la pyramide des normes. Les efforts de la philosophie du droit contemporaine tendent pour l'essentiel de dépasser cette aporie, qui revient à cautionner l'arbitraire, par le moyen d'une étude renouvelée de la raison judiciaire, observée

à pied d'œuvre. Les travaux de Ronald Dworkin méritent à cet égard une attention particulière et se situent au centre du débat. Cependant, à l'inverse du modèle de Dworkin, qui identifie le juge à un « Hercule », une tendance récente, mais en plein développement, cantonne le juge dans un rôle plus modeste d'arbitre des débats et restitue le litige aux parties elles-mêmes. À la faveur du procès, ou de plus en plus souvent d'un mode alternatif de règlement du conflit, c'est la discussion par les parties de leur différend qui devrait permettre d'aboutir à une solution acceptable en droit. La discussion engagée au moment de l'élaboration de la norme se redoublerait ainsi au moment de son application. On observe à cette occasion une évolution, en quelque sorte parallèle, entre la question de la justice et celle de son application.

Enfin, le *chapitre IV* est consacré aux *droits de l'homme* en tant qu'ils pourraient fournir le socle du nouvel ordre juridique planétaire. Encore faut-il parvenir à en cerner les contours. Les droits de l'homme sont en effet en perpétuelle évolution, traversés par des conflits d'interprétation qui en renforcent l'ambiguïté. Posés par la philosophie du droit moderne au fondement même du droit naturel et du contrat social, les droits de l'homme ont progressivement acquis un contenu juridique positif à la faveur des différentes déclarations et traités dont ils ont fait l'objet. Toutefois, malgré les proclamations universelles, leur mise en œuvre demeurerait jusqu'ici principalement du ressort des États. Cette situation paradoxale, dans la mesure où les droits de l'homme sont souvent invoqués à l'encontre de l'État lui-même, est, comme on le sait, tempérée en Europe par le système de la Convention de sauvegarde et le contrôle de la Cour de Strasbourg. La « mondialisation juridique » en cours offre l'opportunité d'un redéploiement de ces droits sur une échelle réellement universelle. Mais ce redéploiement fournit également l'occasion d'un affrontement entre plusieurs conceptions très différentes des droits de l'homme. Faut-il privilégier les libertés privées ou au contraire renforcer l'exercice de la citoyenneté ? Ou bien encore ces deux types de liberté sont-elles, comme l'avance Habermas, cooriginaires, au

sens où elles se présupposeraient logiquement l'une l'autre ? En outre, comment concilier ces droits classiques avec les droits économiques et sociaux, dits de « *deuxième génération* » ? À cet égard, les conditions présentes favorisent incontestablement les droits privés de première génération (liberté d'aller et venir, droit de propriété, liberté du commerce et d'entreprise, etc.), transférés implicitement des individus aux entreprises, sous le couvert du droit naturel économique, par rapport à des droits sociaux en sur-sis et soumis à une forte pression au sein des États qui en sont les garants. Cependant, au lieu d'envisager les acquis sociaux de manière purement défensive, du sein de la forteresse européenne assiégée, on peut considérer les opportunités qu'ouvre la globalisation quant à la négociation d'un nouveau compromis social planétaire. Une telle négociation, dans laquelle les « pays riches », qui souhaitent conserver un niveau élevé de protection sociale, seraient contraints de s'engager, ne pourrait désormais exclure de son bénéfice la plus grande partie de l'humanité. La globalisation donne en outre une chance aux droits de l'homme dits de la « *troisième génération* » (tels le droit à la paix, à un environnement sain, à un développement durable, etc.), libérés de leur gangue idéologique par la fin de la guerre froide, de prendre une réelle consistance et d'acquérir une véritable portée juridique. De tels droits n'ont en effet de signification qu'à la condition d'être envisagés du point de vue de la communauté internationale dans son ensemble. Enfin, une question cruciale que doit affronter la philosophie des droits de l'homme, et dont l'actualité a montré de façon répétée le caractère souvent tragique, concerne les *droits des minorités*. Question d'autant plus délicate que les droits de l'homme ont jusqu'ici été conçus dans une optique à la fois universaliste et individualiste, considérant l'être humain de manière générique, en reléguant l'appartenance culturelle, linguistique ou religieuse à un statut purement privé et, pour ainsi dire, infrajuridique. Toutes ces questions seront abordées dans le *quatrième et dernier chapitre* de ce livre.

Chacun des quatre chapitres constitue une unité indépendante. Le lecteur pourra donc aborder l'ouvrage par l'entrée qu'il

souhaite, selon le thème qui retient son intérêt. L'ensemble forme néanmoins un tout articulé dans la mesure où les questions abordées s'enchaînent ou se font écho et où les débats qui agitent la philosophie du droit contemporaine traversent ce découpage thématique.